



Strasbourg, le 19 décembre 2012

CDL-JU(2012)027
fr. seul.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

**EN COOPERATION AVEC
LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU ROYAUME DU MAROC**

**SEMINAIRE SUR
"L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITE"**

Rabat, Maroc, 29-30 novembre 2012

**CENTRE D'ACCUEIL ET DE CONFERENCES (CAC)
Hay Riad - Rabat**

"LES QUESTIONS PREJUDICIELLES"

RAPPORT

par

M. Pierre NIHOUL

**(Juge, Cour Constitutionnelle du Royaume de Belgique,
Professeur, Université de Louvain, Belgique)**

**Strengthening democratic reform in the Southern Neighbourhood/ Renforcer la réforme
démocratique dans les pays du voisinage méridional**

Funded
by the European Union



Implemented
by the Council of Europe

Ce document ne sera pas distribué en réunion. Prière de vous munir de cet exemplaire.
www.venice.coe.int

CHAPITRE I - QUELQUES NOTIONS ESSENTIELLES SUR LA COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE

Section I - Bref aperçu historique

Insertion, en 1980, d'un **article 107ter** dans la Constitution (devenu **l'article 142** dans la Constitution coordonnée de 1994) créant une Cour d'arbitrage en raison de la fédéralisation de l'Etat (une juridiction est devenue nécessaire pour trancher les conflits de compétences entre les collectivités fédérale et fédérées; compétence restreinte de la Cour à ces conflits).

Première loi spéciale : **28 juin 1983**.

Installation de la Cour : au Sénat le **1er octobre 1984**.

Premier arrêt : le **5 avril 1985**.

Révision de la Constitution le 15 juillet 1988 : élargissement des compétences de la Cour aux articles 10 et 11 de la Constitution (principes d'égalité et de non-discrimination) et 24 de la Constitution (liberté d'enseignement : l'enseignement est transféré aux communautés, d'où risque de voir le Pacte scolaire (équilibre entre le réseau officiel et le réseau privé) remis en question).

En conséquence, adoption de la **loi spéciale du 6 janvier 1989** qui consacre ces nouvelles compétences et élargissement de l'accès à la Cour à *tout citoyen*.

Phase suivante : **loi spéciale du 9 mars 2003** : élargissement des compétences de la Cour à tout le titre II de la Constitution : « Des Belges et de leurs droits » (article 8 à 32) (ex : droit à la liberté individuelle ; légalité des peines ; droit au respect de la vie privée ; droit à un environnement sain...) et aux articles 170, 172 (légalité de l'impôt ; absence de privilèges et légalité des modérations ou exemptions) et 191 de la Constitution (égalité entre les Belges et les étrangers sauf les exceptions établies par la loi)

7 mai 2007 : la Cour change de nom et devient Cour constitutionnelle

12 juillet 2009 : ajout d'un § 4 à l'article 26 de la loi spéciale consacré aux questions préjudicielles prioritaires.

Section II - Les modes de saisine :

La Cour peut être saisie de trois manières :

A. Recours en annulation (art. 1 à 18 de la loi spéciale)

Ils peuvent être introduits :

1° par le Conseil des Ministres, par un Gouvernement de région ou de communauté;

2° par toute personne physique ou morale *justifiant d'un intérêt*; ou

3° par les présidents des assemblées législatives à la demande de deux tiers de leurs membres.

Ils ne sont recevables que s'ils sont introduits dans un délai de six mois suivant la publication de la loi, du décret, ou de l'ordonnance. Une exception : les recours tendant à l'annulation en tout ou en partie d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance par lesquels un *traité reçoit l'assentiment*, ne sont recevables que s'ils sont introduits dans un délai de soixante jours suivant la publication de cette norme.

Depuis l'insertion, le 9 mars 2003, d'un nouvel article 4, alinéa 2, dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 : réouverture d'un délai de 6 mois pour demander l'annulation d'une loi déclarée inconstitutionnelle par la Cour dans le cadre d'une procédure sur question préjudicielle.

B. Recours en suspension (art 19 à 25)

Pour obtenir la suspension, deux conditions doivent être remplies :

- 1° des moyens sérieux sont invoqués à l'appui de la requête
- 2° l'exécution immédiate de la norme faisant l'objet du recours risque de causer un préjudice grave difficilement réparable.

La demande de suspension est formée dans la requête en annulation ou par un acte distinct et joint à la requête ou introduit en cours d'instance. Elle n'est recevable que si elle est introduite dans un délai de trois mois suivant la publication de la norme.

C. Question préjudicielle (art 26 à 30)

Voir infra.

Section III - L'objet du contrôle :

Il importe de distinguer la norme de référence (la disposition constitutionnelle ou la règle répartitrice de compétences qui serait violée) et la norme contrôlée (celle qui violerait la norme de référence).

A. La norme contrôlée :

Toute norme à caractère législatif :

- la loi fédérale ;
- la loi régionale ou communautaire : un décret ou une ordonnance qui est la norme législative de la Région de Bruxelles-Capitale ;
- les lois ou décrets à majorité spéciale ou ordinaire ;
- les lois de pouvoirs spéciaux ;
- les lois de validation ou de confirmation d'un acte du pouvoir exécutif ;
- la loi, le décret ou l'ordonnance d'habilitation au pouvoir exécutif ;
- la loi, le décret ou l'ordonnance budgétaire ;
- la loi, le décret ou l'ordonnance d'assentiment aux traités internationaux et accords de coopération : la Cour contrôle à cette occasion le contenu du traité ou de l'accord de coopération. Toutefois, depuis le 21 avril 2003, date d'entrée en vigueur de la loi spéciale du 9 mars 2003, la Cour n'est plus compétente pour répondre à une question préjudicielle portant sur la validité des normes législatives portant assentiment à deux catégories de traités internationaux : d'une part, la Convention européenne des droits de l'homme et ses Protocoles, et, d'autre part, ce que la loi spéciale du 6 janvier 1989 appelle les « traités constitutifs de l'Union européenne ».

Quid du respect de la procédure d'élaboration des lois ?

La Cour contrôle le contenu de la loi et non les formalités qui ont entouré son adoption (respect de la procédure d'élaboration) sauf obligation imposée par le droit européen (deux exemples : l'obligation de notifier les aides d'Etat et l'obligation de vérifier l'existence d'un acte législatif spécifique en matière d'environnement)

B. La norme de contrôle ou de référence

Plusieurs catégories de normes :

1. Une règle répartitrice de compétences entre l'Etat, les communautés et les régions :

Il s'agit de :

- toutes les dispositions contenues dans la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ;
- du principe de *l'union économique et l'unité monétaire* inscrit à l'article 6, §1, VI, alinéa 3 de la loi spéciale du 8 août 1980 ;
- du *principe de proportionnalité* selon lequel le législateur, qu'il soit fédéral, communautaire ou régional, ne peut, lorsqu'il exerce ses compétences, rendre « impossible ou exagérément difficile » la mise en œuvre, par un autre législateur, de ses compétences (Ex. : arrêts 112/2008, du 31 juillet 2008 ; 47/2009, du 11 mars 2009 ; 3/2010 du 3 janvier 2010 ; 31/2010, du 30 mars 2010) ;
- du *principe de loyauté fédérale* inscrit dans l'article 32 de la Constitution.

2. L'enseignement :

Les règles en matière d'enseignement sont consacrées à l'article 24 de la Constitution. Les principes d'égalité dans l'enseignement, de la liberté de l'enseignement et de légalité y sont consacrés.

La Cour a rendu de nombreux arrêts relatifs, entre autres, aux allocations de fonctionnement des universités, à la gratuité de l'enseignement, au libre choix des parents, à la neutralité de l'enseignement communautaire, à la carrière des enseignants, aux écoles qui présentent des particularités pédagogiques et éducatives...

3. Les autres droits fondamentaux consacrés par la Constitution (art. 8 à 32 de la Constitution sauf 24) :

Cette compétence de la Cour existe depuis la loi spéciale du 9 mars 2003.

Lors de son contrôle, la Cour combine le texte constitutionnel et, lorsqu'il est « analogue », le texte correspondant de la Convention européenne des droits de l'homme et/ou de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et intègre de la sorte la jurisprudence des deux Cours compétentes pour ces traités. A une exception près : lorsque le texte de la Constitution belge est plus protecteur que celui des deux traités précités. Ainsi, il est devenu de jurisprudence constante que :

« En vertu de l'article 1er, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003, la Cour est compétente pour contrôler des normes législatives au regard des articles du titre II « Des Belges et de leurs droits » et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution. Lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent toutefois un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du titre II ou des articles 170, 172 ou 191 de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues ».

4. Les principes d'égalité et de non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution) :

Ces articles constitutionnels sont invoqués soit seuls, soit en combinaison avec d'autres normes telles que :

- une autre disposition de la Constitution (très fréquent avant la loi du 9 mars 2003 ; depuis cette loi, cette combinaison ne concerne plus les dispositions constitutionnelles à l'égard desquelles la Cour est compétente directement) ;
- une disposition de droit international, même si elle n'a pas des effets directs dans l'ordre juridique interne : en effet, jugé que :
 - « Les articles 10 et 11 de la Constitution ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine : les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés reconnus aux Belges, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment » (depuis l'arrêt 106/2003 du 22 juillet 2003) ;
- un principe général de droit (droit à un procès équitable et droit de la défense ; la présomption d'innocence ; la sécurité juridique ; ...)
- une autre norme législative.

CHAPITRE II - LES QUESTIONS PREJUDICIELLES

Section I – En amont : la question

I. L'auteur de la question :

Il doit y aller d'une juridiction : elle peut être judiciaire, administrative, disciplinaire, voire partiellement juridictionnelle (en Belgique, il existe quelques organes politiques ou administratifs qui exercent partiellement des missions juridictionnelles).

II. L'initiative de la question

Le juge peut décider de poser une question, d'office, c'est-à-dire sans que l'une des parties comparissant devant lui ne la lui suggère. Elle peut aussi provenir de l'initiative d'une des parties devant le juge *a quo*.

Dans la pratique, la plupart des questions posées à la Cour semblent être suggérées par au moins l'une des parties au procès.

III. La rédaction de la question

Le juge *a quo* doit rédiger la question préjudicielle le mieux possible afin d'éviter qu'elle soit déclarée irrecevable par la Cour constitutionnelle ou afin d'éviter que celle-ci ne donne une réponse inutile pour la suite de la cause pendante devant le juge qui a posé la question.

Deux précisions :

- la question étant posée à la Cour, aucune des parties à la procédure devant la Cour n'a le droit d'obtenir de la Cour une modification de la question posée par le juge *a quo* ;
- la Cour peut d'initiative reformuler la question mais le fait rarement par respect pour le juge qui l'interroge, et qui, pour rappel, n'a pas le droit à la parole lors du débat qui s'ouvre devant la Cour.

Les parties au procès, particulièrement celle qui suggère la question préjudicielle, jouent donc un rôle non négligeable lors de la rédaction de la question, essentiellement en

proposant une formulation au juge. On constate dans la pratique que souvent le juge qui interroge la Cour se contente de recopier la question suggérée par les parties.

Quelques conseils pour le juge *a quo* :

1. Identifier la loi en cause :

Il convient d'identifier le plus précisément possible la disposition législative problématique qui sera soumise au contrôle de la Cour. Il s'agit rarement d'une norme législative dans son ensemble, mais presque toujours d'une partie ou d'un morceau de loi, de décret ou d'ordonnance : un article, un paragraphe, un alinéa, voire un mot ou un chiffre.

2. Interpréter la loi en cause :

Il est de jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle qu'il appartient, en règle, au juge *a quo* et à lui seul de donner l'interprétation de la norme qui fait l'objet de la question. L'opération de juger emporte en effet celle d'interpréter les normes. Il est donc impératif pour le juge *a quo* de retenir, dans son jugement, une interprétation de la norme en cause.

Nous verrons, lors de l'examen de la réponse de la Cour, ce que la Cour fait de cette interprétation du juge *a quo*.

Il convient ici d'attirer l'attention sur la pratique de certains juges « inférieurs ». Ceux-ci sont tentés de soumettre à l'appréciation de la Cour constitutionnelle l'interprétation d'une norme législative retenue non par lui mais par une des deux hautes juridictions que sont le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation.

Comment ? Ces juges demandent à la Cour, par une question préjudicielle, si la norme dont ils doivent faire application est conforme à la Constitution dans l'interprétation qu'en font la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. La pratique démontre qu'il en va ainsi en cas de résistance des juges du fond à une jurisprudence de la Cour de cassation¹ ou en cas de divergence d'interprétation entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat².

La Cour constitutionnelle ne dispose pas comme telle de cette compétence. L'article 158 de la Constitution institue d'ailleurs la Cour de cassation comme organe juridictionnel chargée de trancher les conflits d'attribution, ce qui vise notamment les conflits entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat. Sollicitée de la sorte, la Cour constitutionnelle indique invariablement que « c'est au juge *a quo*, sous le contrôle de la Cour de cassation, qu'il appartient de déterminer la ou les normes applicables au litige qui lui est soumis. Il appartient à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur l'interprétation d'une disposition législative qui, comme en l'espèce, pourrait être contraire à une disposition constitutionnelle dont elle a à assurer le respect »³.

En d'autres termes, pour la Cour, il ne peut lui être demandé de contrôler telle norme législative, dans l'interprétation qui découle de la jurisprudence de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, au regard des dispositions constitutionnelles et conventionnelles

¹ Voy. p. ex. C.C., arrêt n° 35/2012 du 8 mars 2012 à propos des accidents causés par des véhicules sur rail aux usagers faibles de la circulation.

² Voy. p. ex. C.C., arrêt n°189/2011 du 15 décembre 2011 à propos des taxes communales sur les pylônes GSM ou CC., arrêt n° 19/2012 du 16 février 2012 à propos des taxes communales sur les recettes des spectacles et des divertissements.

³ C.C., arrêt n° 35/2011 du 10 mars 2011, B.3.2.

mentionnées dans les questions préjudicielles, mais bien de contrôler, au regard de ces dispositions, cette norme dans l'interprétation mentionnée par le juge *a quo*⁴.

Ce subtil *distinguo* permet de ne pas heurter de front la susceptibilité des deux autres hautes juridictions du pays. Toutefois, dans la pratique, personne n'est dupe. L'interprétation retenue par le juge *a quo* est généralement rapprochée de celle affirmée tantôt par la Cour de cassation tantôt par le Conseil d'Etat, soit qu'elle la confirme soit qu'elle s'en écarte. En la déclarant constitutionnelle ou pas, la Cour constitutionnelle, pour sa part, invite les juridictions à suivre cette interprétation ou à s'en écarter.

3. Identifier la norme de référence :

Le juge *a quo* doit préciser l'article ou la subdivision de l'article de la norme constitutionnelle au regard de laquelle la norme législative est contrôlée.

Comme on l'a vu lors du premier chapitre, cette norme constitutionnelle peut être invoquée en combinaison avec d'autres normes de droit international, constitutionnelles ou législatives de même qu'avec des principes généraux du droit. En effet, la Cour constitutionnelle ne pouvant directement contrôler la conformité d'une disposition de nature législative par rapport à ces normes, le juge doit, dans la question, transiter par une disposition constitutionnelle qui relève de la compétence de la Cour.

4. Identifier le problème

Le juge *a quo* doit indiquer dans la question en quoi la disposition législative en cause est susceptible de porter atteinte à la règle ou aux règles exprimées par la ou les normes de référence : en ce qu'il interdit, en ce qu'il autorise...

IV. Les effets de la question sur le litige pendant devant le juge *a quo*

1. La question préjudicielle suspend la procédure pendante devant le juge qui interroge la Cour, mais aussi les délais de procédure et de prescription. La suspension de ces délais court depuis la date de la décision qui pose la question, jusqu'au jour de la notification de l'arrêt de la Cour à la juridiction qui a posé la question.

2. Ce n'est pas aux parties, mais à la juridiction qui interroge la Cour de lui faire parvenir la « décision de renvoi ».

3. La décision du juge de poser une question préjudicielle n'est pas susceptible de recours (article 29, § 1 de la loi spéciale du 6 janvier 1989).

Le refus du juge de poser une question préjudicielle n'est pas susceptible de recours distinct (article 29, § 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989). L'éventuel recours doit donc accompagner le recours au fond ou en cassation. Il s'agira de démontrer, dans ce cadre, que la décision au fond aurait été différente si une question préjudicielle avait été posée à la Cour constitutionnelle.

⁴ C.C., arrêt n° 139/2011, B.3.

V. Obligation ou faculté de poser une question préjudicielle ?

La réponse à cette question se trouve, pour l'essentiel, dans l'article 26, §§ 2 à 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (reproduit ci-après).

A. Le principe : obligation de poser une question préjudicielle

Le juge doit poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle lorsqu'est soulevé devant ce juge, soit d'office, soit à l'initiative d'une des parties, un problème de *validité* d'une norme législative au regard de l'une des règles dont la Cour a pour mission d'assurer le respect.

A ce stade de l'exposé, on peut donc parler d'un contrôle centralisé de constitutionnalité, du moins pour les normes qui relèvent de la compétence de la Cour.

B. Les exceptions :

Elles ne sont pas les mêmes devant toutes les juridictions et en toutes circonstances. La difficulté découle du fait que les champs d'application de certaines exceptions se chevauchent.

1. Les quatre exceptions de l'article 26, § 2

L'article 26, § 2, de la loi spéciale prévoit quatre exceptions à l'obligation de poser une question préjudicielle. Les deux premières valent pour toutes les juridictions. Les deux dernières ne peuvent être invoquées par les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, c'est-à-dire la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

> Premier motif de dispense : lorsque le juge *a quo* est incompétent ou lorsque l'« affaire » pendante devant lui est irrecevable, sauf évidemment, si le problème de constitutionnalité soulevé affecte la disposition législative qui fonde le constat d'incompétence ou d'irrecevabilité.

> Deuxième motif de dispense : lorsque la Cour « a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique ». Pour pouvoir parler d'objet identique, il faut que la même norme soit en cause et qu'un grief identique soit soulevé à son encontre.

> Troisième motif de dispense : un juge peut refuser de poser une question préjudicielle lorsqu'il estime que la loi « ne viole manifestement pas » les règles dont la Cour assure le respect (Théorie de l'acte clair). Le juge exercera indéniablement un premier test de constitutionnalité mais celui-ci ne peut être tel qu'il reviendrait à se substituer au test qu'opérerait la Cour constitutionnelle si elle avait été saisie. Le caractère manifeste de la constitutionnalité de la norme est, en effet, essentiel pour l'application de cette exception.

> Quatrième motif de dispense : un juge peut refuser de poser une question préjudicielle lorsqu'il estime que la réponse à la question soulevée n'est « *pas indispensable pour rendre sa décision* ». Cette quatrième exception permet d'écarter toutes les demandes de question préjudicielle dilatoires.

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont donc obligés de poser une question préjudicielle, même lorsque ces hautes juridictions estiment que la loi ne viole manifestement pas l'une des règles dont la Cour assure le respect, ou lorsqu'elles considèrent que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable ! Dans ces circonstances, ces deux juridictions, et particulièrement la Cour de cassation, ont développé

d'autres motifs pour justifier des refus de poser des questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle.

2. L'exception de l'article 26, § 3 :

A la lumière de la pratique, la loi spéciale du 9 mars 2003 a introduit un § 3 dans l'article 26 qui dispense deux catégories particulières de juridictions d'interroger la Cour :

- d'une part, celles qui sont saisies d'une demande urgente appelant une décision qui « n'a qu'un caractère provisoire »,
- et, d'autre part, les juridictions qui interviennent « au cours d'une procédure d'appréciation du maintien de la détention préventive ».

L'article 26, § 3, ajoute cependant une *exception à l'exception* en précisant que ces juridictions restent tenues d'interroger la Cour si elles ont un « doute sérieux » sur la constitutionnalité de la loi. Il prévoit ensuite une exception à l'exception à l'exception, en indiquant que même en cas de doute sérieux de constitutionnalité, le juge de l'urgence et du provisoire et le juge de la détention préventive peuvent se dispenser d'interroger la Cour si la Cour est déjà saisie d'une question préjudicielle ou d'un recours en annulation ayant le même objet » que le doute sérieux.

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat peuvent faire application de ce paragraphe pour refuser de poser une question préjudicielle :

- la Cour de cassation lorsqu'elle intervient, sur pourvoi, dans le cadre de la procédure de confirmation du mandat d'arrêt délivré par un juge d'instruction sur la base de la loi du 20 juillet 1990 ;
- le Conseil d'Etat lorsqu'il est saisi d'une demande de suspension de l'exécution d'un acte administratif.

Pour les procédures urgentes ou impliquant un détenu qui ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 26, § 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, la Cour de cassation n'a pas hésité à justifier des refus de poser une question préjudicielle en se fondant, *entre autres*, sur les exigences du délai raisonnable et de bref délai formulées par les articles 5.3. et 5.4. de la Convention européenne des droits de l'homme.

3. La nouvelle exception contenue dans l'article 26, § 4

L'article 26, § 4 de la loi spéciale a été adopté dans un contexte particulier de concurrence entre les juridictions suprêmes. Il s'agissait de mettre fin à une « guerre des juges » principalement entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation.

a. Le contexte

Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1971⁵, il est admis, au nom d'un principe général de droit tiré de la primauté du droit international, principe jugé comme ayant une valeur constitutionnelle, que tout juge est compétent pour contrôler le droit interne, en ce compris les normes législatives, au regard du droit international, dont la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne. Si le juge, lors de son contrôle, constate qu'une disposition législative viole le droit international, il écarte son application dans la procédure dont il est saisi, mais cette loi ou disposition législative demeure intégralement en vigueur dans l'ordre juridique. On peut parler d'exception d'inconventionnalité. Sous réserve d'une tentative infructueuse, cette exception ne s'est pas

⁵ Cass., 27 mai 1971, *Franco-Suisse Le Ski*, J.T., 1971, 460, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH. Voy. plus récemment aussi Cass., 9 novembre 2004, *Vlaams Blok*, J.T., 2004, 856.

étendue au contrôle de constitutionnalité, et ce malgré l'absence de cour constitutionnelle à l'époque en Belgique.

Depuis la loi spéciale du 9 mars 2003, comme nous l'avons vu, le contrôle de constitutionnalité des normes législatives au regard des droits fondamentaux a été instauré et centralisé à la Cour constitutionnelle. Les juridictions qui ont à connaître d'un tel problème à l'occasion d'un litige pendant devant elles ne peuvent le traiter elles-mêmes et doivent, sauf quelques exceptions, poser une question préjudicielle à ce propos à la Cour.

Le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionalité des normes législatives sont-ils étanches l'un à l'autre ? La réponse est évidente en matière de droits fondamentaux. En effet, les droits fondamentaux garantis par la Constitution belge sont sensiblement les mêmes que ceux qui sont inscrits dans les normes internationales ou européennes. Il y a déjà là un risque de contradiction entre les juges.

Il y a plus. En effet, lorsqu'elle effectue le contrôle de constitutionnalité, la Cour a décidé très tôt de tenir compte des dispositions internationales analogues en matière de droits fondamentaux, soit notamment la Convention européenne des droits de l'homme⁶ ou le droit de l'Union européenne, et, de la sorte, de l'interprétation qui en est donnée par les cours internationales concernées. C'est la théorie dite de l' « *ensemble indissociable* »⁷, qui garantit la primauté de la protection juridictionnelle la plus large possible.

Cette intégration, par la Cour, dans son contrôle de constitutionnalité des normes conventionnelles ou internationales en matière de droits fondamentaux a pour effet qu'en réalité, la Cour se prononce aussi sur la conventionalité des normes législatives internes, même si c'est de manière indirecte. Les germes du conflit étaient là. Il n'a pas tardé à éclater.

Dans deux arrêts des 9 et 16 novembre 2004,⁸ la Cour de cassation a estimé qu'en cas de concours de droits fondamentaux, le juge ne devait pas poser de question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, mais qu'il pouvait lui-même procéder au contrôle s'il devait estimer que la Constitution n'offre pas de garanties plus larges que celles d'une disposition conventionnelle à effet direct. Il s'agissait chaque fois de concours entre un droit fondamental garanti par la Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme. Le problème du concours de droits fondamentaux garantis par la Constitution et par le droit de l'Union européenne ne se posait pas encore à l'époque, ce qui est désormais le cas depuis l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union avec le Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009.

Un symposium organisé à l'initiative des présidents de la Cour constitutionnelle et réunissant des membres des juridictions supérieures, des professeurs de facultés de droit et des

⁶ Jurisprudence constante depuis l'arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004 (B.5.3).

⁷ C.C., arrêt n° 136/2004 précité : lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles, « *les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause (...) Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition (...) de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues* ».

⁸ Cass., 9 novembre 2004, n° P.04.0849.N, www.cass.be et 16 novembre 2004, n° P.04.1127.N, www.cass.be. « *Attendu que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prime la Constitution ; qu'à cet égard, la Constitution n'impose pas de limitations plus étendues à la liberté d'expression, d'association et de réunion que celles prévues par la Convention précitée ; qu'il appartient en premier lieu au juge d'interpréter cette Convention et de l'appliquer ; que la question préjudicielle ne doit pas être posée* » (arrêt du 9 novembre 2004).

représentants des ordres des avocats a proposé une solution pragmatique qui vise à concilier le mieux possible le contrôle centralisé de la loi au regard de la Constitution par la Cour constitutionnelle (*contrôle de constitutionnalité*) et le contrôle diffus de la loi au regard de dispositions conventionnelles internationales à effet direct par toutes les juridictions (*contrôle de conventionalité*)⁹.

Les développements préalables à la proposition de loi spéciale indiquent que c'est bien le risque de voir se développer des jurisprudences contradictoires concernant les droits et libertés fondamentaux et, partant la volonté de contribuer à une coexistence plus harmonieuse des deux systèmes de contrôle qui a motivé le législateur spécial à intervenir.

b. Principe

L'article 26, § 4, introduit dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle par une loi spéciale du 12 juillet 2009, dont la loi française du 10 décembre 2009 s'est d'ailleurs partiellement inspirée, dispose que lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une norme législative viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue¹⁰ par une disposition de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la Constitution.

Qu'est-ce à dire ?

1) La nouvelle disposition confirme **l'obligation de principe**, pour les juridictions, de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle lorsque celle-ci porte sur des droits fondamentaux garantis de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition constitutionnelle, européenne ou internationale.

2) Il est précisé, dans les travaux préparatoires, que la nouvelle disposition :

- ne confère nullement à la Cour constitutionnelle la compétence - qui serait nouvelle- de contrôler directement des normes législatives au regard du droit international ou supranational ;
- n'empêche pas les autres juridictions de continuer à opérer un contrôle direct au regard du droit européen ou international ;
- n'entend pas non plus porter atteinte à la jurisprudence selon laquelle la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle opère un contrôle au regard de dispositions constitutionnelles, tient compte des dispositions du droit européen ou international garantissant des droits et libertés analogues.

3) Le nouveau paragraphe 4 de l'article 26 se contente d'instaurer **un ordre de priorité** dans les contrôles. En cas de concours (intégral ou partiel) de droits fondamentaux, la

⁹ Le rapport du professeur Jan VELAERS fait au nom du groupe de travail et la modification législative suggérée ont été publiés, en français et en néerlandais, dans le rapport relatif au symposium: A. ARTS ET ALII (éd.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruges, La Charte, 2005.

¹⁰ *Droit fondamental totalement analogue* = droit fondamental qui possède un champ d'application égal, une portée égale et des conditions de restriction égales (Exemple : les articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

Droit fondamental partiellement analogue = droit fondamental « qui a une portée (partiellement) égale mais un champ d'application différent (Exemple : l'interdiction de discrimination des articles 10 et 11 de la Constitution et de l'article 14 CEDH) ou une portée (partiellement) égale mais des conditions de restriction différentes (Exemple, la liberté d'expression dans l'article 19 de la Constitution et dans l'article 10 CEDH) ».

Pour une illustration : voyez l'arrêt n° 20/2011.

juridiction ne peut se limiter à un contrôle de conventionalité mais est tenue de poser *d'abord* à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle portant sur la compatibilité de la norme contrôlée avec la Constitution.

Le sort de ces mécanismes prioritaires de constitutionnalité par rapport au droit conventionnel demeure toutefois incertain. Pour ce qui est du droit de l'Union européenne, la Cour de justice s'est prononcée sur le mécanisme français de la question prioritaire de constitutionnalité par son arrêt *Melki et Abdeli*, grande chambre, du 22 juin 2010 (C-188/10 et C-189/10) et s'y est référée, à propos du droit belge, dans son ordonnance *Chartry c. Etat belge*, du 1^{er} mars 2011 (C-457/09). Pour ce qui est de la CEDH, la Cour de justice a récemment jugé que « la référence que fait l'article 6, paragraphe 3, TUE à la CEDH n'impose pas au juge national, en cas de conflit entre une règle de droit national et la CEDH, d'appliquer directement les dispositions de ladite convention, en écartant l'application de la règle de droit national incompatible avec celle-ci »¹¹.

Quoiqu'il en soit, ce mécanisme assure à la Cour constitutionnelle la primauté, dans le domaine des droits fondamentaux, dans l'interprétation des normes constitutionnelles mais aussi européennes et internationales. L'activité juridictionnelle tant judiciaire qu'administrative s'en ressent bien évidemment sensiblement.

c. Les exceptions

En contrepartie de cette priorité, l'obligation de principe de poser des questions préjudicielles à la Cour a été assouplie.

Tout d'abord, les exceptions qui étaient déjà prévues par les paragraphes 2 et 3 de l'article 26 sont demeurées inchangées.

Ensuite, deux nouvelles exceptions à l'obligation de poser une question préjudicielles ont été ajoutées, et ce pour l'ensemble des juridictions, en ce compris donc la Cour de cassation et le Conseil d'Etat :

- **La première exception consacre la théorie de l'acte clair.** En réalité, elle l'étend aux deux hautes juridictions que sont le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. En effet, comme le précisent les travaux préparatoires de la loi, cette exception était déjà contenue dans l'article 26, § 2, alinéa 3 de la loi mais ne s'appliquait toutefois qu'aux juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours. Désormais, tant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat sont habilités, eux aussi, à refuser de saisir la Cour constitutionnelle s'ils estiment que la disposition législative en cause ne viole manifestement pas l'une des dispositions constitutionnelles dont la Cour doit garantir le respect ;

- **La seconde exception**, elle aussi applicable à l'ensemble des juridictions, **consacre la théorie de l'acte éclairé** : elle concerne le constat d'une violation manifeste d'une disposition de droit européen ou de droit international ou encore d'une disposition du titre II de la Constitution qui ressortirait d'un arrêt d'une juridiction internationale dans le premier cas ou d'un arrêt de la Cour constitutionnelle dans le second.

¹¹ CJUE, grande chambre, 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10, points 59-63.

Section II – Au centre : devant la Cour constitutionnelle

I. La recevabilité de la question

Hors les cas d'incompétence de la Cour, les questions préjudicielles sont admises largement par la Cour.

En synthèse, elles ne sont rejetées que dans deux hypothèses :

- en cas d'imprécision ou d'obscurité de la question ;
- lorsque la norme contrôlée est manifestement inapplicable au litige pendant devant le juge *a quo* (exemple : voir arrêt n° 121/2012 du 18 octobre 2012). La Cour laisse en effet au juge *a quo* le soin d'apprécier si la norme en cause est applicable au litige et part du principe que celui-ci est le plus à même de procéder à cette appréciation.

II. Le délai de réponse

La Cour dispose d'un an pour rendre son arrêt préjudiciel. Parfois le délai d'un an est dépassé si les affaires sont jointes. On prend, dans ce cas, en compte la date à laquelle la dernière affaire jointe est entrée à la Cour. En toute hypothèse, il s'agit d'un délai d'ordre.

Il existe toutefois des procédures accélérées décrites aux articles 71 et 72 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 (parce que la question est manifestement irrecevable, que la Cour est manifestement incompétente, que la question appelle une réponse facile ou qui a déjà été donnée).

III. La procédure devant la Cour (articles 67 et suivants de la loi spéciale du 6 janvier 1989)

La procédure devant la Cour est essentiellement **écrite**. Chaque partie dispose d'un délai pour déposer un écrit de procédure appelé « mémoire ».

Qui peut intervenir devant la Cour dans le contentieux préjudiciel ?

- la composante de l'Etat dont la norme législative est en cause ;
- toutes les autres composantes de l'Etat, même si celles-ci n'ont pas pris de norme analogue ;
- les parties au procès devant le juge *a quo*.

Une personne qui n'est pas partie au procès qui a donné lieu à la question préjudicielle peut-elle faire valoir ses observations devant la Cour par une intervention ?

- Selon l'article 87, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, « *toute personne justifiant d'un intérêt dans la cause devant la juridiction qui* » pose la question préjudicielle peut adresser un mémoire à la Cour.

- Il semble clair que ce texte empêche, en principe, le justiciable impliqué dans une autre cause que celle qui a mené à la question préjudicielle d'intervenir à la Cour, même si, dans son propre procès, son adversaire entend lui faire appliquer la loi qui a fait l'objet de cette question préjudicielle. A lire la loi, la seule manière pour lui de pouvoir donner son avis devant la Cour sur la constitutionnalité de la loi est de convaincre son juge à lui de poser aussi une question préjudicielle. *A fortiori* la personne qui n'est pas encore impliquée dans un procès mais à qui s'applique la loi mise en cause par la question préjudicielle ne peut davantage donner son avis dans la procédure pendante devant la Cour constitutionnelle.

- La Cour a toutefois modifié sa jurisprudence récemment. Elle considère, depuis un arrêt n° 44/2008 du 4 mars 2008 que « *justifient d'un intérêt à intervenir devant la Cour les personnes qui font la preuve suffisante de l'effet direct que peut avoir sur leur situation personnelle la réponse que va donner la Cour à une question préjudicielle* »¹². Il s'agit, d'une part, d'éviter la multiplication de questions préjudicielles portant sur un problème identique et, d'autre part, de tenir compte du fait que les arrêts que la Cour rend ont, en pratique, une portée qui dépasse le seul litige qui est à l'origine de la question préjudicielle (voir infra).

IV. L'arrêt préjudiciel : son contenu

A. Principe

Le juge *a quo* pose une question. La Cour y répond. En principe, de deux manières :

- Soit la Cour déclare la disposition législative en cause inconstitutionnelle. Le juge doit alors en écarter l'application pour le litige qui lui est soumis. Mais la norme subsiste dans l'ordre juridique, donc pour les autres litiges (voir infra, les effets) ;
- Soit la Cour décerne à la norme législative en cause un brevet de constitutionnalité : elle est sauve et le juge n'a plus, dans ces conditions, qu'à l'appliquer.

Trois précisions méritent d'être apportées à ce constat un peu simpliste : le constat de constitutionnalité ou non 1°) est opéré dans quelle interprétation de la norme contrôlée (B) ? 2°) est situé dans quelle norme (C) ? 3°) et selon quelle qualification (D) ?

B. Dans quelle interprétation de la norme contrôlée ?

Nous l'avons vu. Le juge *a quo* interroge la Cour à propos d'une norme dont il a retenu une interprétation. Cette interprétation est en principe celle retenue par la Cour pour se prononcer sur la constitutionnalité de la norme.

La Cour constitutionnelle n'a toutefois pas hésité à dépasser l'interprétation de la norme telle qu'elle lui est soumise par le juge *a quo* pour en proposer une autre lorsque celle-ci permet de sauver la norme d'un constat d'inconstitutionnalité.

Trois méthodes sont employées par la Cour :

- Soit elle déclare dans les motifs de son arrêt que la norme est inconstitutionnelle selon l'interprétation conférée par le juge *a quo*, mais indique dans le dispositif de l'arrêt que la disposition en cause est conforme à la Constitution dans une autre interprétation ;
- Soit elle valide dans les motifs de son arrêt la norme dans l'interprétation qu'elle propose tout en la déclarant inconstitutionnelle, telle qu'interprétée par le juge *a quo*, dans le dispositif de l'arrêt ;
- Soit encore, elle adopte des motifs et un dispositif alternatifs, déclarant la norme inconstitutionnelle dans l'interprétation donnée par le juge *a quo* et la déclarant conforme à la Constitution dans une autre interprétation. Cette technique est retenue par la Cour dans la plus grande majorité de ses arrêts.

¹² Exemple : Sur la base de cette jurisprudence, la Cour a, entre autres, accepté l'intervention de l'« Orde van de Vlaamse balies » dans une affaire née d'une question préjudicielle portant sur une loi relative au statut disciplinaire de l'avocat, alors que cet Orde n'était pas partie à la procédure disciplinaire dans laquelle il fut décidé de poser la question préjudicielle.

De quelle marge de manœuvre le juge *a quo* dispose-t-il dans pareille hypothèse ? L'interprétation qui valide la norme ne s'impose pas à lui de sorte que ce disant, la Cour laisse en réalité un choix au juge *a quo* : ou bien il persiste dans son interprétation et il doit écarter l'application de la norme jugée inconstitutionnelle; ou bien il adopte l'interprétation qui la rend constitutionnelle - ce qui est la meilleure solution – et il peut alors l'appliquer dans cette interprétation.

C. Dans quelle norme situer l'inconstitutionnalité ?

Il se peut que l'inconstitutionnalité constatée par la Cour trouve son origine non pas dans la disposition législative contrôlée en tant que telle mais dans une lacune de la législation.

Trois cas de figure peuvent se présenter :

1) La Cour constate l'existence d'une lacune qui ne se trouve pas dans la loi en cause mais dans l'absence dans l'ordre juridique de disposition adoptée par le législateur. Il s'agit d'une lacune dite extrinsèque à laquelle seul le législateur peut remédier.

Exemple : l'arrêt n° 27/2009, du 18 février 2009 :

Les questions préjudicielles demandent à la Cour si l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, interprété en ce sens qu'une décision d'un procureur du Roi concernant les missions d'un magistrat du ministère public, qui pourrait constituer une sanction disciplinaire déguisée, ne peut faire l'objet de la part de ce dernier d'un recours en annulation auprès du Conseil d'Etat, alors que « les fonctionnaires des administrations » qui font l'objet d'une décision similaire peuvent, eux, introduire un tel recours.

La Cour constitutionnelle a conclu : « Cette absence de tout recours n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution mais cette discrimination n'a son siège ni dans l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ni dans les articles 608, 610 et 1088 du Code judiciaire. Elle provient de ce qu'aucune disposition du Code judiciaire ne permet d'exercer un recours. (...) Il appartient au législateur d'apprécier à quel type de recours doit donner lieu la décision d'un procureur du Roi concernant les missions d'un magistrat du ministère public qui pourrait constituer une sanction disciplinaire déguisée et d'organiser ce recours au sein de l'ordre judiciaire. »

2) Dans une deuxième hypothèse, la Cour constitutionnelle peut constater que la disposition législative soumise à son contrôle est inconstitutionnelle au motif qu'elle contient une lacune que le juge ne peut toutefois combler. Il s'agit d'une lacune dite « intrinsèque » qui n'est pas auto-réparatrice.

Exemple : l'arrêt n° 54/2002, du 13 mars 2002 :

Le même article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution lorsqu'il est interprété comme ne permettant pas à un candidat à un emploi dans les services d'une assemblée parlementaire de demander l'annulation du refus de participer à un examen de recrutement alors que celui qui est candidat à un emploi dans les services d'une autorité administrative peut contester devant le Conseil d'Etat un tel refus.

La Cour conclut : « B.4.2. Pour les raisons exposées dans l'arrêt n° 31/96, en ses motifs rappelés ci-dessus – en particulier en B.4 – cette différence de traitement n'est pas raisonnablement justifiée. Dès lors en effet que le législateur a décidé de

soumettre le droit de contester les actes administratifs des assemblées en matière de fonction publique au même régime que celui applicable aux actes des autorités administratives, il n'est pas justifié que le refus, opposé à un candidat, de participer à un examen de recrutement puisse être contesté devant le Conseil d'Etat lorsqu'il s'agit d'un emploi dans les services d'une autorité administrative mais ne puisse l'être s'il s'agit d'un emploi auprès d'une assemblée parlementaire; l'intérêt protégé par l'institution d'un recours en annulation est en effet aussi réel et aussi légitime dans le second cas que dans le premier. Ni les travaux préparatoires, ni le mémoire ne justifient d'ailleurs une telle différence de traitement.

B.4.3. Il résulte de ce qui précède que, dans l'interprétation soumise par le juge *a quo* (B.4.1), l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat viole manifestement les articles 10 et 11 de la Constitution. »

3) Enfin, dernier cas de figure : la Cour constitutionnelle constate que la disposition législative qui lui est soumise est inconstitutionnelle du fait qu'elle contient elle-même une lacune que cette fois le juge *a quo* peut combler. Selon la phraséologie des arrêts de la Cour, « c'est au juge *a quo* qu'il appartient, si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution ».

Exemple : l'arrêt n° 111/2008, du 31 juillet 2008 :

Les articles 235ter et 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle sont-ils compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que l'article 416, alinéa 2, ne prévoit pas de possibilité de former un recours en cassation immédiat contre un arrêt préparatoire de la chambre des mises en accusation exerçant le contrôle de la régularité de l'application des méthodes particulières de recherche, d'observation et d'infiltration, alors qu'en vertu de l'article 416, alinéa 2, un recours en cassation immédiat peut être formé contre les arrêts préparatoires de la chambre des mises en accusation exerçant le contrôle de la régularité de la procédure en application de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle ?

La Cour juge que cette différence de traitement dans les procédures n'est pas raisonnablement justifiée. Cette différence de traitement injustifiée provient de l'absence, dans l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, d'une disposition législative ayant, pour les décisions prises par la chambre des mises en accusation en application de l'article 235ter, une portée identique à celle qui concerne les décisions de la chambre des mises en accusation prises en application de l'article 235bis. Et la Cour de relever in fine que « c'est au juge *a quo* qu'il appartient, si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution (comp. CEDH, 29 novembre 1991, Vermeire c. Belgique, § 25). ».

D. Comment qualifier le contrôle de la Cour au contentieux préjudiciel ?

Alors que le contentieux de l'annulation est généralement qualifié de contrôle abstrait de constitutionnalité, qu'en est-il du contentieux préjudiciel de constitutionnalité ?

La réponse de la Cour à une question se situe entre le contentieux objectif et le cas concret du litige. La question lui est en effet posée à l'occasion d'un litige et non abstraitement.

De nombreux arrêts montrent que la tendance de la Cour est de restreindre la portée de ses arrêts (ou du moins anticiper les larges effets qu'elle ne serait pas toujours en mesure de percevoir par un contrôle purement abstrait de la norme) en indiquant que « la Cour limitera son examen » à la seule hypothèse telle qu'elle ressort du litige soumis au juge a quo ». Le dispositif de l'arrêt sera alors souvent modalisé par l'usage de locutions telles que « viole en ce que, dans la mesure où, en tant que ».

Dans ces cas, on peut soutenir qu'abstraitement la norme est sauvée tandis que concrètement, elle est écartée.

Dans d'autres arrêts, la Cour préfère toutefois, pour éviter des arrêts trop spécifiques, s'en tenir à des catégories générales et ne pas rentrer dans la spécificité des situations concrètes. Il est vrai que dans l'hypothèse du contrôle concret, le travail de réparation du législateur est plus ardu. Par ailleurs, un contrôle limité à une hypothèse peut induire d'autres violations de la Constitution que la Cour n'aperçoit pas toujours lors du prononcé de l'arrêt.

En toute hypothèse, l'effet relatif des arrêts ainsi rendus permet à la Cour, saisie d'une nouvelle question, d'éventuellement préciser, affiner voire nuancer les termes de ses arrêts antérieurs.

Section III – En aval : les effets des arrêts préjudiciels

Les arrêts d'annulation rendus par la Cour constitutionnelle ont l'autorité absolue de la chose jugée à partir de leur publication au *Moniteur belge* tandis que les arrêts de rejet sont obligatoires pour les juridictions en ce qui concerne les questions de droit tranchées par ces arrêts (art. 9 de la loi spéciale). Les arrêts d'annulation peuvent donner lieu à des recours en rétractation (articles 10 à 18 de la loi spéciale). La Cour constitutionnelle peut également moduler les effets dans le temps de ses arrêts d'annulation (article 8, alinéa 2 de la loi spéciale).

Pour connaître les effets des arrêts rendus au contentieux préjudiciel par la Cour constitutionnelle, il y a lieu d'avoir égard à trois dispositions de la loi spéciale : les articles 4, 26 et 28. Trois dispositions qui consacrent, de prime abord, des principes simples mais qui, nous allons le voir, n'en révèlent pas moins de nombreuses questions.

A. Les destinataires de l'arrêt

1. Principe

L'effet premier d'un arrêt au contentieux préjudiciel se produit auprès du juge de renvoi et de tout juge appelé à statuer ensuite dans la même affaire.

En effet, d'après l'article 28 de la loi spéciale, la juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution de ce litige, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle.

Ainsi, contrairement aux arrêts rendus sur recours en annulation, les arrêts préjudiciels n'ont pas d'effet *erga omnes*. La Cour n'annule pas ; elle dit pour droit que la disposition viole ou ne viole pas une disposition constitutionnelle. Elle répond ainsi à la question d'un juge posée à l'occasion d'un litige concret. Le destinataire de l'arrêt est donc le juge qui pose la question ou tout juge appelé à statuer dans la même affaire.

2. D'autres juges ?

Toutefois, les arrêts de la Cour constitutionnelle au contentieux préjudiciel rayonnent bien au-delà du litige à l'occasion duquel la question est posée et la réponse rendue.

La meilleure preuve en est la possibilité prévue par l'article 26, § 2, 2° de la loi spéciale selon lequel un juge peut ne pas poser de question à la Cour « 2° lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique ».

Tout juge saisi d'une question identique mais dans une autre affaire n'est donc pas tenu de saisir la Cour d'une nouvelle question, à la condition qu'il applique l'arrêt rendu antérieurement par la juridiction constitutionnelle. La doctrine a dès lors parlé d'effet relatif étendu ou renforcé des arrêts préjudiciels.

La Cour constitutionnelle a depuis longtemps perçu l'enjeu d'un tel effet. C'est ainsi qu'elle a admis, depuis 2008 (arrêt 44), que pouvaient intervenir devant la Cour les personnes qui font la preuve suffisante de l'effet direct que peut avoir sur leur situation personnelle la réponse que va donner la Cour à une question préjudicielle (cf. supra). De même, quant aux effets de ses arrêts dans le temps, la Cour a estimé à deux reprises, et cette jurisprudence est restée de l'ordre de l'exceptionnel, qu'elle se devait d'avoir égard aux répercussions que peut avoir sa décision sur d'autres situations que celle qui a fait l'objet de la question préjudicielle.

3. Les administrations ?

Les effets des arrêts au contentieux préjudiciel ne s'étendent qu'aux juridictions et ne s'imposent ni aux autorités administratives ni aux particuliers.

Il s'ensuit que tant que le législateur ne modifie pas la législation pour se conformer à l'arrêt préjudiciel, la seule possibilité pour le citoyen, autre que celui partie au procès devant le juge *a quo*, est :

- soit d'attendre d'être assigné devant un juge par l'administration pour non-respect de la loi invalidée et de demander à ce juge d'appliquer l'arrêt de la Cour sur la base de l'article 26, § 2, 2° de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ;
- soit, par le biais d'un recours administratif, de demander à l'administration l'application de l'arrêt.

Toutefois, il est soutenu par la doctrine que dans l'attente de l'intervention du législateur, l'autorité administrative doit néanmoins écarter l'application de la loi déclarée inconstitutionnelle, par devoir de prudence, c'est-à-dire en vue d'éviter une action ultérieure en responsabilité civile ou au nom du principe de valeur législative selon lequel l'autorité administrative ne peut donner suite à un ordre hiérarchique manifestement illégal.

B. Exécuter un arrêt préjudiciel

La manière pour le juge *a quo* de se conformer à un arrêt préjudiciel dépend du dispositif de l'arrêt. Plusieurs possibilités peuvent se présenter :

- 1) L'arrêt constate une inconstitutionnalité

Le juge *a quo* est tenu d'écarter cette norme dans le litige pendant devant lui ; cette norme demeure toutefois dans l'ordre juridique.

2) L'arrêt déclare la norme constitutionnelle

Le juge *a quo* applique la norme en cause au litige pendant devant lui.

3) L'arrêt contient un dispositif alternatif (voir supra)

Le juge *a quo* a le choix entre retenir l'interprétation constitutionnelle et l'interprétation contraire à la Constitution. Selon son choix, il appliquera la solution 1) ou 2).

4) L'arrêt constate une violation de la Constitution en raison d'une lacune législative. Trois sous-hypothèses se présentent au juge *a quo* :

- soit la lacune est extrinsèque : cette catégorie d'arrêts n'implique pas l'intervention du juge mais celle du législateur. Dans l'attente de cette intervention, le juge ne peut qu'appliquer la norme législative en cause puisque celle-ci est constitutionnelle, le constat d'inconstitutionnalité se situant en-dehors d'elle, dans l'absence d'une norme législative;

- soit la lacune est intrinsèque mais n'est pas auto-réparatrice : il appartient ici aussi en principe au législateur de la combler, le juge *a quo* devant appliquer entretemps la norme législative;

- soit le constat de la lacune intrinsèque est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution, c'est au juge *a quo* qu'il appartient de la combler (lacune intrinsèque auto-réparatrice). Mais le juge a-t-il l'obligation de le faire ? Tout comme le juge de renvoi n'est pas tenu d'adopter l'interprétation conciliante proposée par la Cour dans un dispositif alternatif, le même juge n'est pas tenu d'étendre l'application de la norme à une catégorie qu'elle ne vise pas. Il en va particulièrement ainsi lorsque cette interprétation contredit le sens clair des termes de la norme ou lorsque la matière est régie par un principe constitutionnel de la légalité comme c'est le cas en matière pénale (légalité des peines) ou fiscale (légalité de l'impôt), le juge ne pouvant opérer ce qui relève en principe du Parlement.

C. Un nouveau délai

Il existe tout de même une voie pour faire disparaître de l'ordonnancement juridique la norme déclarée inconstitutionnelle. L'article 4, alinéa 2 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle ouvre en effet un nouveau délai de six mois à dater de la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle au Moniteur belge pour demander l'annulation de la loi litigieuse.

Cette réouverture du délai n'est toutefois pas sans limites. La Cour a récemment jugé :

« l'article 4, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 précitée a été introduit dans le but de permettre l'annulation par la Cour d'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle par celle-ci en réponse à une question préjudicielle, notamment à l'initiative de toute personne justifiant d'un intérêt. L'article 4, alinéa 2, précité, ne saurait être appliqué à une disposition législative qui ne faisait pas l'objet de la question préjudicielle sur laquelle la Cour a statué par un arrêt ouvrant un nouveau délai de recours de six mois, sauf si cette disposition est indissociablement liée à la disposition législative qui a fait l'objet de la question préjudicielle précitée. Il ne peut pas non plus être appliqué à une disposition législative qui faisait l'objet de la question préjudicielle précitée lorsque le moyen d'annulation allègue une inconstitutionnalité que la Cour avait déclarée non établie dans l'arrêt rendu sur la question préjudicielle » (arrêt n° 134/2012 du 30 octobre 2012, B.4.2).

Vu le peu d'arrêts prononcés dans ce cadre, la procédure n'a pas rencontré un vif succès auprès des institutions et des particuliers désormais habilités à l'initier.

D. Les effets dans le temps des arrêts préjudiciels

Ceci nous amène à aborder un dernier point : celui des effets dans le temps des arrêts rendus au contentieux préjudiciel.

En principe, seuls les effets des arrêts rendus sur recours en annulation peuvent être modalisés dans le temps en application de l'article 8, alinéa 2 de la loi spéciale. A l'occasion des réformes de ladite loi, des tentatives diverses en vue de conférer le même pouvoir à la Cour au contentieux préjudiciel ont échoué.

Or, l'absence de possibilité de limiter dans le temps les effets d'un arrêt préjudiciel peut avoir des conséquences sur deux plans :

- d'une part, la sécurité juridique. On l'a vu, les arrêts préjudiciels bénéficient d'une autorité relative renforcée de chose jugée. Des situations individuelles acquises, parfois de longue date, peuvent ainsi être remises en cause ;
- d'autre part, la mise en cause de la responsabilité du législateur. Le droit belge admet cette responsabilité. Le risque que cette responsabilité soit engagée par un arrêt préjudiciel peut constituer un frein au plein exercice du contrôle de constitutionnalité.

Ces deux conséquences sont accentuées du fait que les questions préjudicielles ne sont pas limitées dans le temps et peuvent donc porter sur des normes applicables depuis un certain temps.

Sensible à ces arguments, la Cour a estimé à deux reprises qu'elle se devait d'avoir égard aux répercussions que peut avoir sa décision préjudicielle sur d'autres situations que celle qui a fait l'objet de la question préjudicielle. C'est ainsi qu'elle a conclu que le principe de la sécurité juridique justifiait que les successions ouvertes avant le prononcé de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 juin 1979, en cause *Marckx*, ne soient pas affectées par le constat d'inconstitutionnalité qu'elle allait opérer (arrêt n° 18/91 du 4 juillet 1991, B.10). Mais cette jurisprudence naissante est restée de l'ordre de l'exceptionnel.

Devant ce vide juridique, la Cour de cassation s'est saisie de la problématique. Dans deux arrêts récents, elle a ainsi limité l'effet dans le temps de l'inconstitutionnalité constatée par la Cour au nom de la confiance légitime de la société dans les dispositions légales et des exigences impératives de sécurité juridique. Ce faisant, la Cour de cassation n'a pas craint pas la critique de l'excès de pouvoir manifeste à laquelle elle risquait de s'exposer.

Face à cette prise de pouvoir de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle a réagi dans un arrêt n° 125/2011 du 7 juillet 2011 en se reconnaissant compétente, malgré l'absence d'habilitation législative en ce sens, pour limiter les effets dans le temps d'un arrêt préjudiciel au nom des principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime. Elle a à cet égard précisé que « Le maintien des effets doit être considéré comme une exception à la nature déclaratoire de l'arrêt rendu au contentieux préjudiciel. Avant de décider de maintenir les effets d'un tel arrêt, la Cour doit constater que l'avantage tiré de l'effet du constat d'inconstitutionnalité non modulé est disproportionné par rapport à la perturbation qu'il impliquerait pour l'ordre juridique. » (B.5.5.).

Les arrêts de la Cour constitutionnelle dont il est fait mention dans le présent rapport sont consultables sur le site de la Cour à l'adresse suivante : www.const-court.be

Extraits de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle :

« CHAPITRE II : DES QUESTIONS PREJUDICIELLES

Art. 26. § 1er. La Cour constitutionnelle statue, à titre préjudiciel, par voie d'arrêt, sur les questions relatives à :

1° la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions;

2° sans préjudice du 1°, tout conflit entre décrets ou entre règles visées à l'article 134 de la Constitution émanant de législateurs distincts et pour autant que le conflit résulte de leur champ d'application respectif;

3° la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, des articles du titre II « Des Belges et de leurs droits », et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution.

§ 1er bis. Sont exclus du champ d'application de cet article les lois, les décrets et les règles visées à l'article 134 de la Constitution par lesquels un traité constituant de l'Union européenne ou la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou un Protocole additionnel à cette Convention reçoit l'assentiment.

§ 2. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction, celle-ci doit demander à la Cour constitutionnelle de statuer sur cette question.

Toutefois, la juridiction n'y est pas tenue :

1° lorsque l'affaire ne peut être examinée par ladite juridiction pour des motifs d'incompétence ou de non-recevabilité, sauf si ces motifs sont tirés de normes faisant elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle;

2° lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique.

La juridiction, dont la décision est susceptible, selon le cas, d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours en annulation au Conseil d'État, n'y est pas tenue non plus si la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution ne viole manifestement pas une règle ou un article de la Constitution visés au § 1er ou lorsque la juridiction estime que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre sa décision.

§ 3. Sauf s'il existe un doute sérieux quant à la compatibilité d'une loi, d'un décret ou d'une règle visée à l'article 134 de la Constitution avec une des règles ou un des articles de la Constitution visés au § 1er et qu'il n'y a pas de demande ou de recours ayant le même objet qui soit pendant devant la Cour, une juridiction n'est pas tenue de poser une question préjudicielle ni lorsque la demande est urgente et que le prononcé au sujet de cette demande n'a qu'un caractère provisoire, ni au cours d'une procédure d'appréciation du maintien de la détention préventive.

§ 4. Lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser

d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution.

Par dérogation à l'alinéa 1er, l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ne s'applique pas :

1° dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3;

2° lorsque la juridiction estime que la disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée;

3° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée;

4° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution est manifestement violée.

Art. 27. § 1er. La Cour est saisie des questions préjudicielles par la transmission d'une expédition de la décision de renvoi, signée par le président et par le greffier de la juridiction.

§ 2. La décision de renvoi indique les dispositions de la loi, du décret ou de la règle visée à l'article 134 de la Constitution qui font l'objet de la question; le cas échéant, elle précise, en outre, les articles pertinents de la Constitution ou des lois spéciales. Toutefois, la Cour constitutionnelle peut reformuler la question préjudicielle posée.

Art. 28. La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions visées à l'article 26, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle.

Art. 29. § 1er. En tant qu'elle pose une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, la décision d'une juridiction n'est susceptible d'aucun recours.

§ 2. La décision par laquelle une juridiction refuse de poser une question préjudicielle doit indiquer les motifs de refus. En tant qu'elle refuse de poser une telle question, la décision d'une juridiction n'est pas susceptible d'un recours distinct.

Art. 30. La décision de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle suspend la procédure et les délais de procédure et de prescription depuis la date de cette décision jusqu'à celle à laquelle l'arrêt de la Cour constitutionnelle est notifié à la juridiction qui a posé la question préjudicielle. Une copie en sera adressée aux parties. »